

罗马共和宪政的回光返照

西赛罗案件评析

徐国栋*

本文副标题中的西赛罗案件,指西赛罗作为公元前 63 年的执政官处死卡提林纳(Lucius Sergius Catilina,公元前 108 - 公元前 62)的 5 名同谋,然后由于程序被认为违法,西赛罗在公元前 58 年受到保民官克洛丢斯(Publius Clodius Pulcher)的指控,被迫流亡希腊,直到第二年被召回的案件。在西方宪政史上,这似乎是第一起围绕程序正当性做足文章的案件,因此受到了后世作者——例如费希特和卢梭(参见后文)——的广泛评论。在此案中,西赛罗作为一方,其公敌或私敌作为另一方,都以法律作为自己的矛或盾展开攻守,由此充分展示了共和末期罗马的宪政生活;而这种“展示”又发生在罗马史上两个无政府时期的间隙中,因此,本案具有特别的分析意义。

一、西赛罗案件之一:所谓的“卡提林纳阴谋”及其处置

罗马人像美国人一样,差不多是一个没有内部起义的民族。^[1]然而,所谓的卡提林纳阴谋却是他们遭遇到的少有的内部起义之一。

路求斯·卡提林纳,贵族出身,苏拉的有名部将和支持者。公元前 68 年任裁判官,次年任阿非利加总督;公元前 66 年返回罗马竞选次年的执政官,由于阿非利加行省专门派使节来罗马揭发其勒索受贿,他受到克洛丢斯的控告——具有讽刺意味的是,此公将来会成为卡提林纳的同党受非法处死控告违法行为的主事者西赛罗的死敌——他因此被取消候选人资格,为此他与克拉苏(Marcus Licinius Crassus)、恺撒(Iulius Caesare)等密谋夺取政权未果,史称第一次卡提林纳阴谋。^[2]公元前 64 年,他竞选执政官落选,次年继续竞选同一官职,提出了取消债

* 厦门大学法学院罗马法研究所教授。

[1] 据我所知,美国历史上惟一的一次人民起义是 1786 年的谢司起义,因为在民主制度下人们有表达自己意志的和平渠道,用不着起义。罗马共和国也为市民们提供了充分的这种渠道,因此也没有什么起义。当然,奴隶不算市民,因此有斯巴达克起义。富有意味的是,不论是谢司起义还是卡提林纳起义,主事者都提出了废除债务的口号。看来,除了表达意志缺乏渠道外,财富的分配也是诱发统治阶级内部的起义的原因。

[2] 谢·勒·乌特琴科:《恺撒评传》,王以铸译,中国社会科学出版社 1986 年版,页 77 及以次。

务、法律不保护富人、对穷人开放高级官吏、祭司的职位的口号,尽管得到了全体平民的拥护,^[3]但元老院和富人们却因此把他看成了危险人物,接受出身不高的西赛罗当选,^[4]以安东尼(Gaius Antonius Hybrida)为西赛罗的同僚。西赛罗是罗马东南方向的阿尔皮努姆(Arpinum)人,幼年迁入罗马,由于并非生在罗马城墙以内,高傲的罗马人因此把他叫做寄寓者(Inquilinus)。^[5]西赛罗属于算不得高贵的骑士阶级,祖上无一人当过元老,只是因为自我奋斗才发迹,因此被人戏称为“阿尔皮努姆的新人”(Homo novus Arpinas)。因此,卡提林纳尽管落败,却是看不起西赛罗这个胜利者的(“所有的贵族都对西赛罗抱有一种强烈的嫉妒心情”)。^[6]另外,卡提林纳还在某种意义上是西赛罗的私敌,因为他曾被控同维斯塔贞女法比娅(Fabia)有近亲相奸的罪行,而法比娅是西赛罗的妻子特伦提娅(Terentia)的异父妹妹。^[7]因此,卡提林纳间接地冒犯了西赛罗。

卡提林纳败而不馁,继续竞选公元前 62 年的执政官,他做两手准备,同时密谋以军事行动达到自己的目的。为此,他在埃特鲁里亚北部的城镇费祖莱(Faesulae)建立了自己的根据地,派一位百人团长盖尤斯·曼流斯(Gaius Manlius)负责。西赛罗买通了其同党昆图斯·库流斯(Quintus Curius)的情妇妓女富尔维娅(Fulvia),得知卡提林纳准备夺取政权和取消一切债务的阴谋的详情,把这方面的情况报告给了元老院。元老院于公元前 9 月下旬或 10 月上旬的一天开会讨论局势,卡提林纳本人出席,他不为自己辩解,甚至提出了不利于自己的证据。同时他利用这个机会宣传了自己的政治主张,指出罗马有两个身体,一个孱弱,头脑也不灵;另一个健壮,但没有脑袋。^[8]这里的孱弱的身体指元老贵族,不灵的头脑指元老院;健壮的身体指人民,“没有脑袋”指他们需要一个自己的政治领袖,^[9]当然他在这里想说的是自己是担任此角的理想人物。此语概括了当时的罗马共和国民众派(Populares)和贵族派(Optimates)对立的状况。在接下来的选举中,卡提林纳又落败于西拉努斯(Iulius Silanus)和穆列那(Licinius Murena)。于是他指示曼流斯于公元前 63 年 10 月 27 日起事,届时曼流斯的队伍进攻罗马,卡提林纳自己第二天在罗马城内接应,杀死所有的元老。西赛罗从内线得到这个情报后于 10 月 21 日召开元老院会议作了通报,元老院宣布意大利处于战争状态,并在第二天的会议上授予执政官西赛罗应付紧急局势的全权(Senatus consultum ultimum)。从字面上看,括号里的拉丁词的意思是“最后的元老院决议”,应该是元老院把自己能够行使的一切权力都交给它委托的长官行使,以提高应付紧急情势所需要的效率的意思。此等授权包括征募军队、发动战争、以任何方法迫使同盟者和市民承担其义务、在国内和战场上的无限的行政权和军事指挥权等。^[10]这种处置近于现代的宣布进入紧急状态。此时,路求斯·埃米流斯·保卢斯(Lucius Aemilius Paulus)^[11]还依据《关于暴力罪的普劳提乌斯法》(Lex Plautia de vi)传讯了卡提林纳

[3] 撒路斯特提乌斯:《喀提林阴谋·朱古达战争》,王以铸、崔妙因译,商务印书馆 1995 年版,页 123。

[4] 撒路斯特提乌斯,前引书,译者的说明,页 25。

[5] 阿庇安:《罗马史》,谢德风译,下卷,商务印书馆 1976 年版,页 105。

[6] 撒路斯特提乌斯,前引书[3],页 112。

[7] 谢·勒·乌特琴科,前引书[2],页 77。

[8] 撒路斯特提乌斯,前引书[3],译者的说明,页 28。

[9] Cfr. De Martino, Storia della Costituzione Romana, Vol. III. Jovene, Napoli, 1972, p. 162.

[10] 撒路斯特提乌斯,前引书[3],页 117。

[11] 此人为公元前 50 年的执政官, See Cassius Dio, *The Roman History: The Reign of Augustus*, Penguin Classics, London, 1987, p. 344. 在卡提林纳事件时他只是作为一名年轻的贵族采取了传讯行动。See Letein · Link · Lexi, On <http://www.gottwein.de/latine/LLL01.htm?http%3A/www.gottwein.de/latine/LLLaemill.htm%7Chauptframe>, 2004 年 9 月 27 日访问。

本人,该法大约颁布于公元前 77 年,针对暴力罪规定了死刑,同时,允许被判刑人选择适用禁绝水火刑以免于执行死刑。^[12] 禁绝水火的刑罚意味着被判罚者如果在离卡皮托尔山 500 英里的地方被发现,必须被处死,任何供给他食物和眠床的人都必须受死刑。^[13] 在本案中,保卢斯仅仅作为一个私人传讯一名政要,反映了罗马的刑事诉讼无公诉人的角色,由私人起诉的特点。^[14] 针对指控,卡提林纳表示愿意接受监管,他甚至请求西赛罗本人对他实施监管,但遭到拒绝,因为这样做无法律依据。曼流斯在 10 月 27 日按计划行动起来,可是罗马方面的卡提林纳直到 11 月 6 日才召开会议,拟定了第二天刺杀西赛罗并占领全城的计划。结果刺杀行动失败,西赛罗于 11 月 8 日在朱比特·斯塔托尔神殿召集元老院紧急会议,发表了其著名的《反卡提林纳第一演说》,言辞颇为激烈,反复出现“卡提林纳应该被处死”之类的表达。^[15] 卡提林纳本人参加了这次会议,他想发言回答西赛罗,但被元老们制止。西赛罗力图迫使卡提林纳离开罗马,以保持后方的安宁。由于证据不足,他还不能对卡提林纳采取断然行动。加之卡提林纳与上层联系甚多,并代表下层的利益,因此受到保民官的维护,这些都是西赛罗要顾忌的。遗憾的是,卡提林纳果然中了西赛罗的“惊起兔子好开枪”之计,于 11 月 9 日离开罗马与曼流斯的队伍会合,但还是留了一些同谋者在罗马城,其中就有前执政官普布流斯·科尔内流斯·伦图鲁斯·苏拉(Publius Cornelius Lentulus Sura)。

正当此时,山北高卢的阿洛布罗吉斯人(Allobroges)派使节来罗马控告罗马统治者和高利贷者对他们的压榨。卡提林纳分子与他们取得了联系,拉他们参与起事。为了取信于阿洛布罗吉斯人的首领,伦图鲁斯还出具了密谋起事的字据。这一证据被西赛罗于 12 月 3 日截获,把它送到正在协和神殿开会的元老院会场,同时派人搜查了阴谋者的家,查获大批武器。元老院逮捕了 5 名阴谋者,把他们宣布为叛国者。他们分别是上面提到过的前执政官伦图鲁斯,以及凯提古斯(Cethegus)、斯塔提利乌斯(Statilius)、伽比尼乌斯(Gabinus)和凯帕里乌斯(Caeparius)。

12 月 5 日早上,元老院在协和神殿开会讨论如何处置阴谋者。相信被告正密谋夺取其生命和财产的富人们带着刀剑在西赛罗的银行家朋友阿提库斯(Titus Pomponius Atticus)的率领下在卡皮托尔山坡上待命,西赛罗是他们的利益的保护者,他们也要保护西赛罗。^[16] 元老院会议发言的顺序是当选执政官——当选裁判官——现任执政官、现任裁判官——前任执政官、前任裁判官。据此,当选执政官西拉努斯首先发言,他主张对卡提林纳分子适用极刑,另一当选执政官穆列那和其他元老也同意这一意见。但当选裁判官恺撒主张温和处理,提出把他们分到各自自治市分别终身监禁并没收他们的财产。他似乎有先见之明,明确指出西拉努斯提出的惩罚是“法律过去没有规定过的”,违反了《波尔奇亚法》(Leges Porciae)。在罗马法史上有 3 个波尔奇亚法,第一个是保民官 P. 波尔求斯·雷加(P. Porcius Laeca)于公元前 199 年提议制定的,它以申诉权保护在意大利和行省的罗马市民免受总督的几乎不受限制的谕令权的危害;第二个是马尔库斯·波尔求斯·伽图(Marcus Porcius Cato)于公元前 198 年或公元前 195 年制定的,它禁止不经申诉程序惩罚罗马市民。对于犯罪的罗马市民,不能消灭他们的肉体,

[12] 撒路斯提乌斯,前引书[3],页 118。

[13] See William Forsyth, *Life of Marcus Tullius Cicero*, Vol. I, Charles Scribner and Company, New York, 1865, Vol. I, p. 247.

[14] See Frank Frost Abbott, *Roman Politics*, Marshall Jones Company, Boston, 1923, p. 96.

[15] 撒路斯提乌斯,前引书[3],页 158。

[16] See H. J. Haskell, *This was Cicero*, Alfred A. Knopf, New York, 1942, p. 189; p. 183.

允许他们亡命即可;第三个是由路求斯·波尔求斯·伽图(Lucius Porcius Cato)于公元前 154 年(?)制定的,它禁止军官在战场上实施即决处罚,实际上还是保障市民的申诉权。^[17] 这里被援引的是哪个波尔齐亚法,不详。^[18] 从适用背景来看,应该是第二个波尔齐亚法,因为本案发生在罗马城内,当事人并非军人。根据西赛罗后来对他作出的批驳,恺撒可能还认为西拉努斯建议的处置违反了《森布罗尼亚法》(Lex Sempronia),^[19] 该法禁止抛开百人团会议设立非常刑事法院处死罗马市民,因此,恺撒援引这一法律时,就已经在指责元老院违宪把自己作为一个非常刑事法院了。所以,他建议“惩罚应当在法律规定的限度以内”,并对权力滥用的可能提出了告诫:“占居最高地位的人,他们却最少行动自由。在这里不应有偏颇不公和憎恶的情绪的地位,更不用说愤怒了。要知道,在别人身上被称为忿怒的东西,在一位领袖身上就是横傲和残暴。”^[20] 西赛罗然后发表了处死阴谋者的主张。继而,提比略·尼禄(Tiberius Claudius Nero)提出折衷方案:把卡提林纳分子关押到卡提林纳被打败并取得更多罪证后再处理。正当两种意见相持不下时,当选保民官马尔库斯·伽图(Marcus Porcius Cato)的发言一锤定音,他坚决主张处死卡提林纳分子以震慑那些已在费祖莱伺机进行军事行动的人。伽图反驳了恺撒的不得处死论。主张对供认不讳的卡提林纳分子,应该看作在现场拿获的叛国犯,可以实施即决处罚,不允许申诉。申诉只适用于非在现场拿获的罪犯。^[21] 从出身背景来看,伽图的发言并非完全中立,其家族像西赛罗一样属于“新人”,^[22] 而且,其祖父老伽图还是高利贷者,^[23] 因此他代表了新兴的富人阶层的利益。于是,绝大多数元老都同意实施死刑。卡提林纳分子被认为是叛国罪犯,被剥夺罗马市民权,因而可以不经民会的程序处死刑。^[24] 持反对意见的恺撒受到了担任会场警戒的武装骑兵的威胁:如果坚持反对就杀死他,恺撒在恐惧中让步。^[25] 于是,西赛罗安排三人刑事组为行刑做必要的准备工作。当晚,5 名阴谋者在他的亲自监督下在罗马的国家监狱图利亚努姆(Tullianum)被绞死。富人们大为高兴,因为他们的财产被西赛罗拯救了,他们惊异执政官不经骚乱和流血就镇压了阴谋的能力。^[26]

极刑产生了伽图预言的震慑卡提林纳分子的效果,他们大部分开了小差,只剩下 3000 余人。卡提林纳处于极为不利的地位。公元前 62 年年初,他的队伍在逃往高卢的过程中与罗马政府军交战,包括卡提林纳本人在内的全军战死。

[17] See H. H. Scullard, *A History of the Roman World, 753 to 146 BC*, Routledge, New York, 1991, pp. 322s. 在我国的法律术语中,“申诉”是一个用于审判监督审的概念,但本文中用的“申诉”(Provocatio)相当于我国法律词汇系统中的“起诉”。按照蒙森对罗马公法的解释,市民在遭受长官的死刑或鞭打(这是执行死刑的前奏)判处后向百人团会议做出的 Provocatio 相当于第二审。但根据更晚近的昆克尔(W. Kunkel)对罗马公法的解释,长官做出死刑或鞭打的判处,不是行使审判权,而是行使强制权(Coercitio),罗马宪法把审判权保留在民会的手中,因此,Provocatio 涉及的是第一审。行使此等权利的人相当于向法院起诉一个他认为违宪的行政决定,此等权利的设计目的是贯彻司法最终解决原则。如果昆克尔的解释为真,则无论在法学界还是在罗马史学界存在的对 Provocatio “申诉”译法就不确切了(实际上从来就不确切),本文为了遵循共同用法仍使用“申诉”的译法,但我认为译成“控告”更合适。Cfr. Bernardo Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 36ss.

[18] 撒路斯特提乌斯,前引书[3],页 139,注一。

[19] 西赛罗:“反卡提林纳第四演说”,载撒路斯特提乌斯,前引书[3],页 208。

[20] 撒路斯特提乌斯,前引书[3],页 137 及以次。

[21] 撒路斯特提乌斯,前引书[3],页 146。

[22] 普鲁塔克著,黄宏熙主编:《希腊罗马名人传·伽图传》,吴彭鹏译,上册,商务印书馆 1990 年版,页 344。

[23] 汤普逊:《中世纪经济社会史》,耿淡如译,上册,商务印书馆 1963 年版,页 53。

[24] Cfr. De Martino, *Storia della Costituzione Romana*, Vol. III. Jovene, Napoli, 1972, p. 163.

[25] 苏维托尼乌斯:《罗马十二帝王传》,张竹明等译,商务印书馆 1996 年版,页 7。

[26] See H. J. Haskell, *op. cit.*, p. 199.

由于处理卡提林纳事件,西赛罗获得了“祖国之父”的称号,在罗马史上这是第一次由一个市民取得这一称号。对这一事件的镇压被他及其朋友认为是他执政1年的主要政绩。然而,他对卡提林纳事件的处理并非无懈可击。

首先,从事实的方面看,所谓的卡提林纳阴谋,是西赛罗本人过分夸大,并且在某种程度上是他亲自挑起的事件。^[27]卡提林纳在被怀疑谋反的情况下主动提出由西赛罗监管他,以表明其尊重宪法的诚意,但遭到拒绝。曼流斯已经动手了,而卡提林纳还迟迟未行动,也表明了他对合法途径的难舍;在西赛罗发表反对他的第一演说(看过这一演说的人都会感到西赛罗力图把一个“人民内部矛盾”搞成“敌我矛盾”、把党派斗争搞成决战原野的激情)的元老院会议上,他还试图为自己申辩,也被拒绝,最后终于中了西赛罗的圈套,离开罗马加入叛军,使西赛罗获得了除掉私敌,同时建立政绩的机会。因此,从某个角度看,卡提林纳是个可怜的受害者。^[28]

其次,从法律的方面看,西赛罗的行动也有缺陷。第一,尽管元老院赋予他紧急状态的全权,据此可以为杀罚,但费希特认为,此等权力只能在实际的暴乱中行使,且必须公开执行,^[29]而被杀的5个人尚处于“阴谋”阶段,并未将其计划付诸行动,^[30]西赛罗处死他们也未做到公开,因此,西赛罗犯了过于“心急”和不守程序的过错。对此,1700多年后的卢梭尖锐地评论道:“他爱自己的光荣更甚于爱自己的祖国;他追求的与其说是保卫国家的最合法而又最妥当的方法,倒不如说是要使自己享有这一事件的全部荣誉的办法。”^[31]这一评论是确切的。

这里不妨援引一个类似的案例作为判断西赛罗动手时间之恰当性的参照。公元前100年,保民官撒图尔尼努斯(Lucius Appuleius Saturninus)杀死贵族派的执政官候选人梅谬斯(G. Memmius)以帮助民众派的格劳恰(Glaucia)竞选当年的执政官,元老院也授予当时的执政官马略(Gaius Marius)应付紧急局势的全权。马略开启兵器库,武装一切“善良的市民”保卫国家的安全,把他们组成一支军队将撒图尔尼努斯及其拥护者包围在卡皮托尔山上。被保卫者投降,马略保证撒图尔尼努斯的生命财产不受侵犯。尽管如此,他还是被贵族青年用砖头瓦块打死了。^[32]在此案中,马略是在实际的暴乱中行使元老院赋予的权力的,而且他自己未处死暴乱者。相比于他,西赛罗的行动粗鲁多了。

第二,元老院作为共和时期的重要国家机关,享有法案提出权、对长官活动的建议权、外交权和长官任期延长权,^[33]但在理论上没有刑事审判权,共和时期的此等权力属于各种民会或常设法院。就死刑案件,根据公元前450年的《十二表法》第九表第2条和盖尤斯·格拉古提议制定的《森布罗尼亚法》,审判权属于百人团会议,^[34]但元老院却判处阴谋者死刑并立即执行,显然违宪;第三,元老院没有给被处刑的罗马市民向人民申诉的机会。^[35]根据这一申诉制度,市民被执政官判处死刑以及被鞭打时,可以请求召集百人团大会审查长官的决定的正当

[27] 谢·勒·乌特琴科,前引书[2],页95。

[28] 按照我们的通行说法,卡提林纳属于可拉可打的人物,但西赛罗对卡提林纳事件的处理给人与布什政府的美国攻打伊拉克行径很相似的感觉:即把对手搞得符合敌人的标准,再按这个标准攻伐之。

[29] 梁志学主编:《费希特选集·以知识学为基础的自然法权基础》(第2卷),商务印书馆1994年版,页541。

[30] See H. J. Haskell, op. cit., p. 188.

[31] 卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,页166及以次。

[32] 杨共乐:《罗马史纲要》,东方出版社1994年版,页142。

[33] Cfr. Federico del Giudice e Sergio Beltrani, Nuovo Dizionario Giuridico Romano, Edizione Simone, Napoli, 1995, p. 475.

[34] Cfr. De Martino, op. cit., p. 163.

[35] 撒路斯特乌斯,前引书[3],译者的说明,页47。

性,在人民未宣布维持法官的命令之前不得执行判决。^[36] 蒙森把这一权利说成是“古罗马共和国的自由的支柱之一”。^[37] 当然,有申诉权的仅仅是罗马市民,外国人没有此权,因此,元老院先剥夺了卡提林纳分子的市民权,因而连带着剥夺了其申诉权,其用心不可谓不细。但元老院的这一论据不成立,因为关于向人民的申诉权的法律正是为了对抗长官的这种专断行为制定的。^[38] 因此,元老院会议的主持者西赛罗要为自己践踏市民权的过犯付出代价。

顺便再补充说一下撒图尔尼努斯被杀案。由于保民官的人身神圣不可侵犯,所以杀害他的人的罪行很严重。^[39] 公元前 63 年,在杀害事件发生 37 多年后,保民官阿提尤斯·拉比耶努斯(Attius Labienus)在恺撒的支持下挑起了反对当时的行凶者腊比里乌斯(Rabirius)的诉讼,意在打击元老院寡头集团,不承认元老院有实施紧急状态的权力,试图恢复几乎已经被废止了的关于极为严重的叛国罪(Perduellio)的法庭审理程序,结果导致腊比里乌斯的案件由一个两人团审理,被告被判在十字架上钉死。但他向人民提出上诉,案件转给百人团会议审理。西赛罗为他辩护,主张腊比里乌斯是服从了执政官的召唤镇压叛乱。此案无疾而终。^[40] 此案也是民众派与贵族派斗争的产物,但其有利于贵族派的结果大概鼓励了西赛罗作出处死卡提林纳分子的决定。

二、西赛罗案件之二:西赛罗的放逐与被召回

对西赛罗“政绩”的清算来得很快。公元前 62 年,西赛罗卸任,继任的执政官、庞培的党徒梅特鲁斯·内波斯(Quintus Caecilius Metellus Nepos)在是年的元旦就在元老院会议上猛烈抨击他。1 月 3 日,在民会的预备会上(Contio),^[41] 他又显然想要使西赛罗对自己的行为承担法律责任。正式执行裁判官职务的恺撒也支持这样做。^[42] 支持处死阴谋者的伽图见势不妙,提议延长供应廉价小麦的期间以减缓人民的痛苦和愤怒。西赛罗试图与内波斯达成谅解,但被后者拒绝,答复是“一个不经听审惩罚他人的人自己也应被拒绝享有被听审的特权”。内波斯继续攻击西赛罗,此时元老院出来救了他,发布决议授予所有参与判处卡提林纳分子的人以豁免权。^[43] 西赛罗终于躲过一劫。

但跑了初一跑不过十五。公元前 58 年,皮索(Lucius Calpurnius Piso)和噶比牛斯(Aulus Gabinius)担任执政官,前者是恺撒的岳父,他们与西赛罗彼此互不喜欢,肯定要找一些他的岔子。最可怕的是,西赛罗的私敌、贵族出身的克洛丢斯在当时担任执政官的恺撒的支持下被平民封特尤斯(Fonteius)收养,^[44] 由此取得了担任保民官的资格,并于公元前 57 年 12 月当选为

[36] Cfr. Mario Talamanca, Lineamenti di storia del diritto romano (Sotto la direzione di), seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1989, p. 89.

[37] 谢·勒·乌特琴科,前引书[2],页 96。

[38] See H. J. Haskell, op. cit., p. 197.

[39] 根据罗马刑法,杀害保民官的人要被沦为牺牲,即处在人人可得而诛之的地位,还要剥夺其全部财产奉献给平民的神。Cfr. Bernardo Santalucia, op. cit., p. 42.

[40] 谢·勒·乌特琴科,前引书[2],页 84 及以次。

[41] 关于 Contio 的预备会性质, See Lily Ross Taylor, *Roman Voting Assemblies*, The University of Michigan Press, 1990, p. 2.

[42] 谢·勒·乌特琴科,前引书[2],页 98。

[43] See H. J. Haskell, op. cit., p. 203.

[44] 谢·勒·乌特琴科,前引书[2],页 138。

保民官,他与西赛罗的敌意是由于一场风流案引起的:公元前62年12月,在当时担任大祭司的恺撒宅中举行纪念古意大利丰饶女神的节日活动,它只允许妇女参加,克洛丢斯却化妆成女人混入,因为他是恺撒的妻子庞培娅(Pompeia)的情夫,希望借此机会幽会。结果酿成渎神的刑事案子。庞培娅被恺撒休掉。^[45]正当克洛丢斯力图证明丰饶女神节那天他根本不在罗马时,西赛罗却提出了他那天曾到过自己家的证言,使其处于极为不利的地位。^[46]克洛丢斯当选为保民官后,遂对西赛罗实施报复。在3月20日的平民大会上,他提议制定如下平民会决议:“兹规定:无论谁未经适当审判处死未受判处的罗马市民,将受禁绝水火之刑”。^[47]这一法案并未提到西赛罗的名字,但确实是对着他来的。西赛罗明白这一点并感到了危险,他认为改变不利局面的惟一方法是激起人民的同情。为此,他穿上了丧服走上街头,逢人就诉说自己的委屈。他所属的整个的骑士阶级也都穿上了丧服。整个的意大利都在担忧西赛罗的安全,遥远的市镇派了代表到罗马来游说执政官保护西赛罗。2万罗马的贵族青年以更改服色的方式表明他们对西赛罗的支持。西赛罗出门时受到一大群身穿丧服的朋友保护。西赛罗还来到皮索的家里求情,但后者表示必须与自己的同僚保持一致。^[48]不得已,西赛罗又来到庞培(Sextus Pompeius)在阿尔巴诺(Albanus)^[49]的别墅,匍匐在这位罗马最有权势的人物之一的脚下,但庞培甚至没有叫他起来,只说自己不能做任何违背恺撒的意志的事。此时,西赛罗面前只有4条路:第一,率领自己的朋友与克洛丢斯在街上进行武斗;第二,在法院里应对刑事审判;第三,逃出罗马然后争取回来;第四,自杀。^[50]最终西赛罗采取了第三条路。于是,他于3月20日逃离罗马城,迤逦到达希腊。也就在同一天,克洛丢斯让民会通过了自己的禁绝西赛罗水火的法案。西赛罗被视为法外之人,其财产被没收。在日落前,他在帕拉丁山上的房子被烧为灰烬。他在托斯克卢姆(Tusculum)和佛尔米厄(Formiae)的别墅也被抢掠,沦为废墟。在西赛罗前一处房产的地基上,克洛丢斯建造了一座献给自由的神庙。^[51]至少在他看来,西赛罗由于违背程序剥夺罗马市民的生命,已成为自由的敌人了。

但西赛罗的时运很快有了转机。公元前57年,意大利各地的代表都到罗马来为西赛罗求情。是年元旦,执政官的就职仪式刚结束,伦图鲁斯(Publius Cornelius Lentulus Spinther)就在元老院提议召回西赛罗,其同僚梅特鲁斯(Quintus Caecilius Metellus Nepos)表示赞成。前执政官L.科塔(Cotta)更主张当年反对西赛罗的程序完全违犯法律和习俗,因此,不需要制定新的法律就可以召回西赛罗。他提议不仅要进行此等召回,而且要授予西赛罗荣誉标志。但庞培采取了一种正确的意见,认为为了使元老院的一项决议有效,必须颁布法律。因为放逐西赛罗是通过合法召集的人民大会通过的法律决定的,这项法律在由同样权威废除前应仍然有效。元老院赞同这一意见,即将就此通过决议,但曾在西赛罗当执政官时当裁判官,现在当保民官的赛兰努斯(Serranus)提出需要一个晚上的考虑从而推迟了作出决定。实际上,他不过是取得要求西赛罗的死敌克洛丢斯增加对他的贿赂的时间。尽管经过了进一步的推迟,召回西赛罗的法案仍然于1月25日被提交部落会议(Comitia Tributa),绝望的克洛丢斯带着一队武装

[45] 谢·勒·乌特琴科,前引书[2],译者序,页47。

[46] 撒路提提乌斯,前引书[3],译者的说明,页4及以下。参见谢·勒·乌特琴科,前引书[2],页111。

[47] See William Forsyth, op. cit., Vol. p. 235.

[48] See William Forsyth, op. cit., Vol. I, p. 236.

[49] 罗马西部20余公里处的小城。

[50] See William Forsyth, op. cit., Vol. I, p. 238.

[51] See William Forsyth, op. cit., Vol. I, p. 241.

的角斗士与会,他冲进集议场,随后发生了骚乱,导致了死伤,保民官赛兰努斯受重伤,西赛罗的兄弟昆图斯(Quintus)只逃出一条性命。结果法案未获通过,克洛丢斯暂时得手。^[52]

西赛罗的朋友、当年的保民官米罗(Titus Annius Milo)因为克洛丢斯在部落大会上的非法暴力行为而弹劾他,但克洛丢斯受到现任执政官梅特鲁斯以及保民官赛兰努斯的支持,尤其是他正担任裁判官的兄弟为他颁布了一个非常告示为之提供保护。为了减少这些人对西赛罗命运的影响,元老院通过决议,命令他们在西赛罗被召回前不得接受公共事务。西赛罗的拥护者展开工作说服民众接受召回西赛罗。但克洛丢斯仍然尽其所能阻止把这方面的法案提交人民会议。到了 5 月,元老院在庞培参加的情况下又通过了召回西赛罗的决议。次日,在集议场,伦图鲁斯、庞培和塞尔维流斯(Servilius)向民众宣扬西赛罗的好处。采取了措施防止保民官行使否决权或采取其他拖延措施。元老院决定,任何制造障碍的人都是共和国的敌人,并会受到这样的对待,如果这一法案不能在 5 天内得到通过,西赛罗可以返回罗马,并恢复其一切权利和荣誉。尽管有这一决定,裁判官阿丕尤斯·克劳丢斯(Appius Claudius)和两个保民官路福斯(Rufus)和赛兰努斯仍坚持其反对,导致召回西赛罗的法案在拖延了两个月后才提交人民,并且改变了议决的机构:由百人团会议议决,^[53]因为百人团会议为贵族派控制。最后,到了 8 月 4 日,在战神广场召开的百人团会议上,尽管克洛丢斯向民众发表演说,为诱使他们拒绝这一法案做了最后的努力,但它还是获得了通过,几乎没有遇到反对意见。^[54]西赛罗由此于 9 月 4 日回到罗马,一路受到凯旋般的欢迎。^[55]

尽管如此,西赛罗的滥权行为继续受到了清算。公元前 55 年颁布的《关于非法结社罪的李其尼法》(Lex Licinia de sodaliciis)对非法结社罪规定了禁绝水火刑。该法与克洛丢斯于公元前 58 年制定的法律一起,构成对处置卡提林纳事件的元老院决议的反动。^[56]这一法律的名称就把卡提林纳事件定性为非法结社而非暴乱,而且把元老院为这种行为规定的死刑改为流放(即禁绝水火)。这些都证明起草和同意该法的人都认为西赛罗对卡提林纳事件的定性错误、处置过火。

由于民众派的顽强清算,西赛罗一直害怕克洛丢斯及其党人。5 年后,即公元前 52 年,克洛丢斯竞选裁判官,如果他当选,除非有一个更高的权威节制他,不知道他又会给西赛罗带来怎样的灾难。这样的权威当然以西赛罗的朋友米罗为好,而此公正竞选是年的执政官,他也是克洛丢斯的死敌,同时也理解西赛罗需要什么。于是,1 月 18 日,在他及其随从与克洛丢斯及其随从在阿庇亚大道上相逢时,斗殴发生了,克洛丢斯在混乱中被杀死。拥戴他的民众由此发生了骚动,焚毁了奥斯提利亚元老院议事厅(Curia Hostilia)。罗马共和国不得不审判这起案件。西赛罗出庭为米罗辩护,但不成功,米罗最终被定罪流放到马西利亚(Massilia,今天法国的马赛)。^[57]

西赛罗案件的主要人物之一克洛丢斯没有死在床上,同案的最重要的主人公西赛罗也是如此。在恺撒与庞培的内战期间,他追随后者。庞培于公元前 48 年失败后,恺撒原谅了他。但加入庞培派的伽图在恺撒的军事胜利的压力下于北非的乌提卡(Utica)自杀后,西塞罗于公

[52] See William Forsyth, op. cit., Vol. I, pp. 256ss.

[53] See Lily Ross Taylor, op. cit.

[54] See William Forsyth, op. cit. Vol. I, pp. 259ss.

[55] See Neal Wood, *Cicero's Social & Political Thought*, University of California Press, 1988, p. 52.

[56] Cfr. Feliciano Serrao, *Classi partiti e legge nella repubblica Romana*, Pacini Editore, Pisa, 1974, p. 187.

[57] See William Forsyth, op. cit. Vol. II, pp. 12ss.

元前 46 年年底发表了一篇对他的赞词表达其阶级感情,在罗马引起了轰动,深刻影响舆论,恺撒不得不写了一部两卷的作品《反伽图论》作为回应。^[58] 公元前 43 年,恺撒被刺后的第三年,恺撒的同僚、也属于民众派的安东尼(Marcus Antonius)势力日大,成为后三头之一,西赛罗照例站在贵族派的元老院一边,模仿希腊演说家德谟斯提尼攻击马其顿国王腓力的演说词共发表了 14 篇攻击他的演说词《腓力比克》,由此招来杀身之祸。在安东尼得手后,西赛罗被宣布为公敌。他乘一条小船逃跑,因为不能忍受晕船,上岸住到卡伊他自己的一个别墅里。公元前 43 年 12 月 7 日,乌鸦示警,仆人以肩舆把他送往海边,终究被安东尼的士兵发现,被杀死并被砍下头颅和双手——因为这双手写过攻击安东尼为暴君的演说词——凶手将西赛罗的这些器官送给安东尼,得到了 250000 亚狄迦德拉克马的奖赏。西赛罗的头和手在集议场上那个他常常发表公开演说的地方悬挂了很长的时间。据说,安东尼在用餐的时候,都要把西赛罗的头放在他的桌前,直到他把这个可怕的东西看厌了为止。^[59] 这个时候杀人,而且杀公众政治人物,可是一点程序都不讲了。

三、分析与评论

由于某种原因,宪法在我国被理解为资产阶级革命的产物,因此不承认希腊罗马有宪法。本文的目的是证明宪法是一种在古罗马就有的现象。^[60] 我考虑过正面介绍罗马宪法的概念、历史沿革、基本制度的写法,它不那么直观,因而也可能比较软弱。最后我选择了分析一个宪法案例的写法。我坚持宪法是限制公权力凌迫私权利、并设定公权力彼此之间的制衡关系的规则体系的理解,相信读者可从这个案例中看到其中包含的罗马法规则具有这两项功能,从而自己得出罗马共和国有宪法的结论。如果能得到这种效果,现在的这种写法就更加直观、更有说服力,而且更具有可读性。

如上所示,整个的西赛罗案件分为两个部分,第一部分是西赛罗对卡提林纳的案件,西赛罗处于主动的地位;第二部分是克洛丢斯对西赛罗的案件,西赛罗处于被动的地位。第一部分体现了法律对公权力的限制;第二部分体现了以分权为基础的公权力之间的制衡关系。

在第一部分中,对卡提林纳分子的温和派和严惩派都大打法律仗,恺撒援引《波尔奇亚法》、《森布罗尼亚法》等保护市民的生命权的法律主张温和对待嫌疑人,伽图则区分现场拿获与非现场拿获解决了此等嫌疑人的向人民的申诉权之剥夺问题——尽管在撒路斯提乌斯的《卡提林纳战争》中未记载温和派对这种申诉权的诉求,但伽图发言中对这一问题的回应证明确实有人提出过这一问题,它后来也成为放逐西赛罗的主要理由之一——不知名的另一严惩派则以剥夺嫌疑人市民权的法律技巧击退了可能的对上述申诉权的诉求,因为外国人不享有对人民的申诉权,剥夺市民权后,卡提林纳分子作为外国人就可以不受法律的这方面保护

[58] 乌特琴科,前引书[2],页 387

[59] 阿庇安,前引书[5],页 331。

[60] Gerhard Casper 认为,西赛罗是赋予拉丁词 *Constitutio* 以某些现代意义的第一人。参见 Gerhard Casper 著,成协中译:“宪政主义”,On http://www.chinalawedu.com/news/2004_5/14/1013521627.htm,2004 年 9 月 12 日访问。西赛罗在《论共和国》1,69 中写道:“haec constitutio primum habet aequabilitatem quandam [magnam], qua carere diutius vix possunt liberi”[首先,这种宪法具有一定的(最大的)公平性,如果缺少它,自由的人民是难以长时接受。]。可能是出于在罗马时期不可能有宪法的传统教育,《论共和国》一书的译者王焕生先生就把上述句子中的“constitutio”一词译成了“体制”。参见西赛罗:《论共和国·论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社 1997 年版,页 60。

了。^[61] 在第二部分中,西赛罗的党人为了让召回西赛罗的法律能得到通过,绕开了被平民控制的部落会议,转由贵族控制的百人团会议讨论这一问题,^[62] 证明了罗马的不同民众会议被不同的党派控制的事实,以及长官们利用不同的民会达到自己政治目的的高超的运用宪法技巧。

几个回合的交手证明双方都是法律高手,让我们看到了罗马共和国高级长官的高度的法律素养,而且还证明罗马共和国有一套完备的市民权保护法律体系,^[63] 《十二表法》第九表第 2 条就规定:“处市民死刑的判决,非经百人团会议不得为之。”同表第 6 条规定:“任何人非经审判,不得处死刑。”这两个市民权保障规定旨在限制享有生杀权的高级长官西赛罗们的手脚。这两个宪法性的条文后来又受到一系列位阶较低的法律的补充和具体化,第一个《波尔齐亚法》把死刑案件被告的申诉权扩张授予在意大利和行省的罗马市民,这样,《十二表法》的恩惠就走出罗马城墙(Pomerium)到了行省;第二个《波尔齐亚法》把《十二表法》的上述规定允许的死刑改成了流放刑,是一个废除死刑的立法;第三个《波尔齐亚法》限制了军官在战场上的生杀权。按照罗马刑法,执政官可以把临阵脱逃的军队的十分之一处死,谓之“十中杀一”(Decimate),^[64] 这个《波尔齐亚法》实际上废除了长官的战场强制权,即使在紧急的情形,也要求申诉程序作为执行死刑的前奏。如此,对罗马市民的生命权的保障实现了完全的普遍化。除了这 3 个《波尔齐亚法》之外,还有《森布罗尼亚法》承担类似的功能,这一法律的全称是《关于禁止任何人以司法诈欺的方式处罗马市民死刑的森布罗尼亚法》(Lex Sempronia ne quis iudicio circumveniat de capite civis Romani),它禁止设立有权做出死刑判决的非常刑事法院(Quaestiones extraordinariae),^[65] 由此防止了把生杀权从百人团会议移转到非常刑事法院的可能。上述法律,左旋右抽,预见了公权力伤害市民性命的种种可能并预防之,形成了罗马市民权保护法的庞大武库。其内容是如此丰富,以至于持不同主张的人都可以从中各取所需。

但我们必须清醒地意识到,在华美的法律“击剑赛”之后隐藏着阶级利益甚至私人仇恨。西赛罗案件明确地反映出共和晚期的罗马阶级结构相较于共和早期的变化。在共和早期,基本的阶级结构由作为“外来户”的平民与作为“坐地户”的贵族(Patricius)构成,他们围绕着公地的分配权和担任公职的机会等问题展开斗争,直到通过公元前 367 年的《李其尼和绥克斯图法》(Leges Liciniae Sextiae)达成了两者的平等。^[66] 但在此之后,阶级在新的起点上分化,一方面是某些贵族的破败,例如卡提林纳及其追随者,外加后来为他们复仇的克洛丢斯,形成“新无产者”;另一方面是过去的“寒门”的崛起,例如西赛罗和伽图。卡提林纳荡尽家产之日,也就是西赛罗在罗马的高尚住宅区帕拉丁购买新宅之时。^[67] “新无产者”阶级与“新人”阶级

[61] See H. J. Haskell, op. cit., p. 193.

[62] 关于不同阶级对不同民会的控制,参见应克复等著:《西方民主史》(修订本),中国社会科学出版社 1997 年版,页 69。

[63] 遗憾的是,共和晚期的罗马宪法还未达到保护人权的水平,因为对外国人的惩处没有严格的程序规则限制,仅仅保护市民权而已。

[64] 孟德斯鸠:《罗马盛衰原因论》,婉琳译,商务印书馆 1962 年版,页 18。

[65] See Krzysztof Amielanczyk, In Iudicio Covenire(Circuvenire): Judicial Crimes According to the Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis (81 BC), In Pomoerium, 2 1996, p. 4.

[66] 徐国栋:“奎里蒂法研究”,载易继明主编:《私法》,第 7 卷,北京大学出版社 2004 年版。

[67] 据现代人估计,西赛罗的这座房子价值 3 万英镑,是罗马最美的房子之一。See The Speech of M. T. Cicero For His House, On www. perseus. tufts. edu。在本文中就可以看出西赛罗还有托斯库卢姆、佛尔米厄、卡伊 3 处房产,这叫背了一身债的卡提林纳如何不眼红!这两个人对于债务的态度怎么可能一致!

进行了激烈的阶级斗争,甚至发展成武装对抗。卡提林纳事件就是这种对抗的反映。恺撒与西赛罗在公元前63年12月5日在协和神殿召开的元老院会议上的歧见也并非不包含这种对抗的因素,资料表明,恺撒与卡提林纳有许多相似之处,其中之一是两人都负债累累。^[68]正因为如此,在卡提林纳失败之后,恺撒仍继续了其事业,在他取得内战的胜利后部分地取消了债务。根据他颁布的法律,任命仲裁员根据战前的价格对地产和动产进行估价并按此等估价满足债权人,这样,他们的债权额实际上被削减了3/4,这跟卡提林纳的以铜币来还以银币缔结的债的主张如出一辙。^[69]按照意大利的罗马宪法研究大师德·马尔丁诺(De Martino)的看法,卡提林纳代表了最先进的民主运动。他领导了一场反对寡头的运动。他力图让所有的人都能担任长官,不论是高贵者还是穷人。他废除债务的口号侵害了富人的利益但有利于穷人。^[70]他的事业是格拉古兄弟^[71]的民众派事业^[72]的继续。而西赛罗是有产阶级的代表,故对卡提林纳的“均贫富”主张深恶痛绝,要不遗余力地置之于死地。如果说宪法是阶级力量对比的反映,那么,卡提林纳事件引发的那场发生在协和神殿的宪法诉讼也是如此。显然,卡提林纳代表的“新无产者”的力量仍不及于西赛罗代表的“有产党”的力量,因此败北。由于总是胜利者写历史,卡提林纳及其同谋者受到了种种丑化,只要说明力图丑化卡提林纳的作者撒路斯提乌斯写的《卡提林纳战争》(Bellum Catilinae)被中译者翻译成《卡提林纳阴谋》就足以证明这种丑化了(一个标榜无产者重要地位之国家的译者做出如此“体系违反”的事情,实在令人费解!),尽管如此,卡提林纳为民请命的只言片语还是在一道道丑化油彩下露出头来。他死后不久,其坟墓上就有了鲜花的事实,是他大众阶级利益代表的属性的明证。

在整个的卡提林纳事件中,自始至终贯穿恺撒和庞培的名字。前者是民众派的代表,后者是贵族派的代表——如果这一点在庞培面对西赛罗的求助以不愿得罪恺撒的理由不予回应时表现得不明显,那么,在他为召回西赛罗付出的积极努力中表现得很明显,西赛罗在恺撒与庞培的对决中旗帜鲜明地加入后者的队伍也证明了他们共同的阶级归属。而恺撒总是西赛罗或贵族派的敌人,在元老院辩论对卡提林纳分子的处理时如此,在策动拉比耶努斯控告腊比里乌斯时也是如此(西赛罗担任被告的辩护人),在西赛罗卸任后的元老院会议上还是如此,最后,为了自己的阶级利益,他不惜宽容勾引过自己妻子的克洛丢斯,让他为平民收养成为保民官,从而形成一把刺向西赛罗的利剑!具有讽刺意味的是,民众派选择的却是帝制的道路,恺撒的政治继承人奥古斯都(Augustus)完成了这一路线设定,贵族派选择的是维持共和的道路。由此看来,在卡提林纳事件的语境中,帝制可能代表了多数人的利益,共和只代表少数人的利益。民众派——帝制,贵族派——共和,这两对看来矛盾的范畴的组合,叫我们受中国官方意识形态训练的人很难理解,尤其是共和的漂亮名号被服务于一小撮寡头的利益叫人很难理解,但它却是晚期罗马共和国的政治现实。只是在经过这番分析后,我才理解了为何桑德罗·斯奇巴

[68] 撒路斯提乌斯,前引书[3],页45。

[69] 乌特琴科,前引书[2],页292。

[70] Cfr. De Martino, op. cit., p. 162.

[71] 格拉古兄弟是提比略·格拉古(Tiberius Sempronius Gracchus,公元前162—公元前133)和盖尤斯·格拉古(Gaius Sempronius Gracchus,公元前153—公元前121),前者为公元前133年的保民官,提出限制豪门占有公地数额的土地法案,因此在械斗中被杀;后者为公元前123年和公元前122年的保民官,提出售与贫民贱价粮食的法律,得罪贵族派,在武装冲突中被杀。

[72] 民众派又称民主派,于共和晚期形成一股与贵族派相对立的政治势力,其主要人物除了格拉古兄弟外,还包括本文提到的撒图尔尼努斯、马略、卡提林纳、克洛丢斯和处死西赛罗的那个安东尼,以及撒图尔尼努斯的同僚格拉维(G. Servilius Glaucia)。Cfr. Feliciano Serrao, op. cit., p. 176.

尼(Sandro Schipani)教授以及许多其他人都宣称自己是恺撒的崇拜者!我才理解了他们对恺撒的崇拜并非针对他的军事成就和文学活动,而是针对恺撒的多数人利益的代表者身份!他们的这一崇拜,与马克思对格拉古兄弟的崇拜是一样的。

就私人仇恨而言,在第一部分中,卡提林纳与西赛罗为政治竞争的对手,如果前者得手,要杀的第一个人就是后者;况且他还诱奸过西赛罗的妻妹,是一个家族仇人;而且作为“旧贵”的卡提林纳对作为“新人”的西赛罗有一种阶级鄙视;在第二部分中,西赛罗因为在丰饶女神事件中提出过不利于克洛丢斯的证言,也与后者不共戴天。西赛罗案件中的主要人物都是彼此仇恨的,然而,在一个宪政国家,人们以何种方式解决私人仇恨?当然,像恺撒和庞培一样决战于原野是一种方法,像克洛丢斯与米罗一样私战于大道也是一种方法,它们都是粗野的方法,为饱读诗书的文人们所不屑为,于是他们采用了法律的方法,各自在罗马公法的庞大武库中挑选自己称手的武器,你来我往,大战数个回合。口里喊着的是国家命运,心里揣着的是私人仇恨。最后发一声喊,两个中倒了一个。除了罗马共和国,在 2000 多年前的古典世界,有哪个国家能提供如此众多的宪法武器服务于私人目的呢?

尽管如此,上述宪法大战并非无懈可击。克洛丢斯于公元前 58 年 3 月 20 日制定的平民会决议尽管未提西赛罗的名字,但专门针对西赛罗,如此违反了立法的普遍性原则。^[73]《十二表法》第九表第 1 条早就规定“不得针对任何个人制定特别的法律”,就是为了防止长官们把立法权当作整治私敌的手段,这一条文强烈地反映出普遍性对于保障人权的重要意义,但它还是被克洛丢斯践踏了。

正因为对法律的运用并非纯粹出于法律的目的,真理已不是一个重要问题。在我看来,从技术的角度看,西赛罗及其党人(例如伽图)已预料并击破了将据以追究其“滥用权力”责任的几乎一切理由:向人民的申诉权因为当场拿获的法律拟制以及对嫌疑人市民身份的剥夺已无法援引。如果元老院具有做出这一切决定的权威,西赛罗对卡提林纳分子的处置无懈可击。但克洛丢斯还是以未赋予被告申请民会审判的机会(即实现向人民的申诉)的理由放逐了西赛罗。他利用的是一个牵强的理由,如果他没有私人的目的,完全可能不援引它,因为在共和晚期,随着罗马帝国的广泛扩张以及由此带来的社会——政治结构的变化,向人民的申诉的适用已变得困难,元老院具有接管过去由民会承担的功能的趋势。分析到这一步,我们就接触到了西赛罗案件的第一部分的最核心的宪法问题:元老院能否做出处置卡提林纳分子的诸决定?

王政时期,元老院是王的咨询机关。共和时期,元老院名义上是执政官的咨询机关,实际上是罗马人民出于对王权的痛恨设立的羁縻长官权力的议政机构,^[74]其主要职能一是“批准”;二是“建议”。所谓“批准”,就是批准百人团会议的立法和选举决定,赋予其法律效力;“建议”是通过公元前 339 年的《关于元老院权力的普布里利亚和非罗尼斯法》(Lex Publilia Philonis de auctoritate patrum)对“批准”的发展,它规定元老院对法案的批准不应是在民众会议通过该法案之后,而应当是在在此之前,于是,元老院成了供百人团会议通过的法案以及执政官的行动方略的提出者。^[75]由于其持久性质——常设长官都只有 1 年任期——元老院实际上成了超乎各种民会和长官之上的具有独立地位的国家机关。由于罗马宪法的不成文性质,没有任何法律明确规定元老院的地位和权力,于是它就不断攫取和扩大自己的权限,使之成为

[73] 对这一缺陷的评论,See William Forsyth, *op. cit.* Vol. I, p. 235.

[74] Cfr. Aldo Schiavone(a cura di), *Storia del Diritto Romano*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 55.

[75] Cfr. Aldo Schiavone, *op. cit.*, p. 54.

惯例巩固下来。由此,除了本文第一节介绍的权力外,它还获得了对政治案件的刑事司法权、紧急状态确定权以及由此而来的中止最高宪法保障(向人民的申诉权和保民官的否决权)的权力。最后,它从一个咨询机关变成了一个政府机关,成了罗马共和国的最高的行政、军事领导和法律监督机构,被伊比鲁斯国王的使节报告为“众王之会”。^[76] 这种权力集中于元老院的现象反映了在当时罗马共和国仍实行的直接民主制的危机,按照这种体制,重大事情由全体人民——包括成年的全体男性市民——在各种民会(包括库里亚大会、百人团会议、部落会议和平民会议)中决定,这是在小国寡民的共和早期确立的制度,到了共和晚期,罗马已扩张成横跨欧亚非3洲的大“帝国”,这样的制度已难以坚持,马略的军制改革(公元前105—公元前100年)以志愿征兵制取代民兵制,销蚀了百人团会议的民兵制基础;意大利无产者的广泛流入罗马导致各种民会容易被人操纵。为了快速和正确的决定,要么需要采用间接民主制,要么需要一个人的独裁。按前一个选择项,应设立代议制的议会取代各种民会,元老院最容易被改造为这种能满足时代要求的工具(无怪乎它的名字被采作现代议会的重要部分的名字)。于是,元老院就日渐“攫取”过去属于民会的权力成为一个介于现代议会、行政机关与司法机关之间的机构。在对卡提林纳事件的处理中,元老院既做了一个现代议会会有权做的事情:宣布紧急状态;又做了一个审理政治案件的非常刑事法院的事情:判处涉及政治案件的市民极刑。这样的立法——司法权的混合行使(还包括未在本案涉及的行政权与上述两权的混合行使)当然很不安全,但它已经是晚期罗马共和国的现实宪法!而按照“理论”的罗马宪法,卡提林纳的“叛国”案要交百人团会议审理。这一会议的成员至少有19300人,由它审理一个紧迫的案件,等于审不成或将审理推到遥远的未来,而且还要考虑到这19300人中由于吃了当事人的“阳春面”捣蛋闹事造成混乱带来的延误!而西赛罗的敌人打着维护自由的旗号要求的就是这样的不可行的程序!他们得胜了,因此,西赛罗的失败就是罗马宪法的间接民主化改革的失败。由此,罗马宪法的改革只能走另一条途径:奥古斯都的元首制。因此,把西赛罗案件看作共和早期宪政的临终抽搐,是合适的。由于元老院掌握在贵族派手中,而部落会议和平民会议掌握在民众派的手中,因此,西赛罗的失败,还是贵族派在一场较量中的失败。

西赛罗案件第二部分的核心宪法问题有二:其一是保民官对执政官权力的制衡问题;其二是部落会议与百人团会议的不同党派倾向问题。先说其一。

在执政官与保民官的关系中,前者代表积极的权力,后者代表消极的权力,后者制约前者。^[77] 具体到西赛罗案件,情况是执政官西赛罗在公元前63年主持元老院会议做出了处死了5位罗马市民的决定并执行之,5年后的公元前58年,保民官克洛丢斯清算西赛罗活动程序的非法性,提议颁布了一个法律放逐西赛罗。这样,给积极权的行使者一个必须合法地行使手中权力的警告。

保民官制度产生于共和早期贵族与平民对立的阶级格局中,作为阶级妥协的结果,保民官于公元前493年被设计出来制约由贵族担任的长官的权力。“他虽不能做任何事情,却可以禁止一切事情”。^[78] 保民官是平民会议的召集者,这样的会议通过的决议最初只适用于平民,公元前286年颁布的《关于平民会决议的荷尔吞西亚法》(Lex Hortensia de plebiscitis)赋予了

[76] 施治生、郭方主编:《古代民主与共和制度》,中国社会科学出版社1998年版,页250及以次。Cfr. Aldo Schiavone, op. cit., p. 55.

[77] 关于这一问题,皮兰杰罗·卡塔兰诺:“一个被遗忘的概念:消极权”,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第3卷,徐涤宇译,中国法制出版社2002年版。

[78] 卢梭,前引书[31],页160。

此等决议适用于全体市民的效力。此为贵族与平民实现阶级平等的基本标志。但到了共和晚期,一度被整合了的贵族——平民阶级再度分化,形成了像西赛罗那样的新贵族和卡提林纳那样的新平民,作为这种新阶级结构的政治体现,出现了贵族派和民众派,两派掌握了不同的国家机器,元老院为贵族派掌握,保民官则成为民众派的职位。在本文注释 72 提到的 5 个民众派的领袖人物中,除了本文的核心人物卡提林纳外,都当过保民官,都与元老院展开过斗争。最意味的是,保民官是一种身份职,必须有平民身份者才能担任,克洛丢斯通过被收养于平民家庭取得担任此职的资格的事实证明了此等官职的身份属性。保民官与元老院和执政官的对立是罗马的党派政治的反映,不过,这样的党派与现代的无身份从属关系的诸党员统一于共同的党派的党派不同,它由某个政治人物的朋友和支持者、门客乃至奴隶组成,他们与其是基于某种政治纲领而行动,不如说是基于首领的利益而行动,这就决定了罗马共和国的党派斗争的残酷性。除了西赛罗在宪法的框架内处置了卡提林纳分子以及克洛丢斯在同样的框架内放逐了西赛罗外,克洛丢斯用角斗士搅散 1 月 25 日的部落大会以及他与米罗的私斗,都是这种残酷性的反映。应该说,这种现实呼唤着现代型的政党政治。尽管如此,保民官仍对积极的权力的行使者的暴戾行为构成制约。正因如此,卡提林纳事件体现的罗马宪法运作具有分权与制衡的精神。保民官制度成为罗马宪法制度的一个中心,因此成为现代人研究罗马宪法的一个焦点。^[79]

再说其二。在西赛罗案件中,贵族党人正是利用了部落会议与百人团会议的不同党派倾向通过了元老院提议的召回西赛罗的法律。部落会议中平民及穷人较贵族占优势,但在百人团会议中,贵族人数虽少得多,却较平民占优势。^[80]这是因为在前一种会议中,与会者都可以按自己的意志投票;而在后一种会议中,由于是贵族分发、计算选票,他们可以对自己的门客施加影响使之按照自己的意愿投票。^[81]由此,部落会议成为民众派的舞台,百人团会议成为贵族派的舞台。在前一种会议中,元老院成员甚至没有出席的权利,但要受他们并不能投票表决的法律的约束。^[82]这样,罗马共和国就从议会的角度完成了权力的制衡式配置。套用现代宪政的术语说话,部落会议相当于下院或平民院;百人团会议相当于上院或贵族院,两“院”代表不同的阶级利益,彼此制约。具有讽刺意味的是,在这种格局中,具有现代的参议院(Senate)名头的元老院(Senatus)本身尽管成员在西赛罗案件的时期达 600 人之多,却不是一个议会,而在某种意义上是一个相当于全国人民代表大会法制工作委员会的法案准备机构(当然它还有许多其他功能),这种奇怪格局本身就暴露了共和晚期宪政的危机:元老院应该成为间接民主制的议会而不能!直接民主为何已不可行?除了前文讲到的大“帝国”取代小城邦的原因外,民众的腐败化是重要原因,由于上述两种民会都有众多的下层民众参加投票,他们极易受贿赂诱惑,“面包和马戏”就是驾驭他们的方便手段。当他们不能按照国家利益乃至自己的利益,而是为了某些寡头的利益甚至一碗“阳春面”投票的时候,他们的决定就是不能指望的了,只有暴民政治可以指望。在部落会议的情形——这一名称也经常用来指平民会议——它选出并“扎起”的保民官也可能成为干扰积极权力正常运作的消极力量。

最意味的是,在西赛罗案件前后,都有一个相当于中国的“文革”的无政府时期。在前

[79] 这方面的研究著作例见 Giovanni Locrano, *Il Potere dei Tribuni della Plebe*, Giuffrè, Milano, 1983.

[80] 杨共乐选译:《罗马共和国时期》(上),商务印书馆 1997 年版,页 49。

[81] 卢梭,前引书[31],页 154。

[82] 卢梭,前引书[31],页 156。

者是公元前 84 年开始的苏拉与马略的内战,苏拉像进攻敌人的首都一样攻占罗马,创立了宣布为公敌制度,实施大屠杀,罗马城尸臭弥天,哪有向人民的申诉权可言!〔83〕 在后者是公元前 43 年安东尼、雷必达(Marcus Lepidus)和屋大维(Octavius)对政敌和有产者实施的大屠杀,300 名元老和 20 名骑士遇难,西赛罗是其中之一。〔84〕 屠杀是如此的严重,以至于内战后举行的人口普查证明,人口减少了一半还多。〔85〕 那个时候,又哪有什么对人民的申诉权可言!有如台风眼,在两场大屠杀的中间时期,在公元前 63 年到公元前 58 年之间的期间,罗马共和国的政要们竟然用“批判的武器”上演了一幕宪法剧,它把这种宪法的精巧之处一一展现出来,也暴露了其种种弊端。因此,本文介绍的西赛罗案件不过是共和宪政的回光返照而已。尔后的人们,尤其是军阀们,就不耐烦什么“批判的武器”了,代之以“武器的批判”。最终,共和宪政被一种更符合罗马帝国的现实的奥古斯都的元首制取代。这种制度是我的另一篇文章的主题。

〔83〕 阿庇安,前引书〔5〕,下,页 61 及以次。

〔84〕 杨共乐,前引书〔80〕,页 163。

〔85〕 乌特琴科,前引书〔2〕,页 358。